

Os serviços públicos e Código de Defesa do Consumidor

Autora: Tani Maria Wurster

Juíza Federal

Publicado na Edição 14 - 19.09.2006

Sumário: Introdução. 1 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. 1.1 Legislação. 1.2 A abrangência da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos Serviços Públicos. 1.2.1 Os limites de abrangência do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público. 1.2.2 As prestações *uti universi* e *uti singuli* – distinção como critério para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos. 2 O Princípio da Continuidade do Serviço Público e a inadimplência do usuário. Conclusões. Referências.

Introdução

A noção de serviço público, suas características e os princípios inseridos nesse contexto devem ser repensados na era da globalização, que, entre outras características relevantes para o estudo e a interpretação do direito, vem acompanhada das teses do neoliberalismo.

Não foi sem motivo que a própria Constituição Federal brasileira já não se confunde mais, ao menos em aspectos pontuais, com aquela promulgada em 5 de outubro de 1988.

Entre as alterações relevantes, encontram-se o processo de privatizações operado na última década, a liberação de alguns dos setores da economia com a extinção parcial ou total dos monopólios, bem como a tendência de transferir aos particulares a prestação dos serviços públicos, antes concentrados no poder Estatal, com a utilização de contratos de concessão e permissão.

Nesse contexto, alguns princípios até então aplicados aos serviços públicos tornam-se obsoletos, renascendo novos conceitos que exigem o olhar cuidadoso do operador do direito. Entre eles, o princípio da eficiência que deve gerir a administração pública e a noção de que o administrador é também um gestor da coisa pública, sem que se confunda ele com o particular, o qual tem como meta final o lucro.

De outro lado, a Carta Magna exige do Estado a sua atuação positiva, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade de certos bens jurídicos, que impõem a interferência estatal para a sua devida proteção, entre eles o meio ambiente, as relações de trabalho e as relações de consumo.

É nesse contexto, da descentralização de atividades estatais (que exigem regulação estatal), aliada à imposição constitucional de proteção ao consumidor, que o presente trabalho se insere.

O que se pretende, portanto, é verificar se os mecanismos de proteção previstos na Lei 8.078/90 aplicam-se na prestação do serviço público e, na hipótese positiva, em que medida se dá tal interferência, tendo em conta os princípios que regem a administração pública e, mais especificamente, os contratos de concessão.

Tem-se como meta, ainda, averiguar em que medida o administrador confunde-se com o particular fornecedor e o administrado com o consumidor.

O desenvolvimento do tema proposto será feito a partir da análise da legislação vigente, das decisões jurisprudenciais e da doutrina nacional e encontra-se dividido em três partes.

Em um primeiro momento, pretende-se definir, de forma pontual, se o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos serviços públicos, segundo o que se extrai da legislação e dos princípios que regem a sua aplicação, bem como de que forma essa interferência ocorre, dadas as diferenças entre o particular fornecedor e o Estado prestador de serviços que serão abordadas.

Posteriormente, serão analisadas decisões jurisprudenciais proferidas sobre a questão e, em específico, sobre o princípio da continuidade do serviço público em face da inadimplência do particular/usuário/consumidor, seguidas das conclusões finais.

O presente texto, de qualquer forma, não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas a de trazer reflexões sobre o problema proposto.

1 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos

1.1 Legislação

A Constituição Federal de 1988, quando se referiu aos princípios da atividade econômica, fez incluir, no seu art. 170, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor.

De outro lado, o art. 175/CF impôs às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos a obrigação de manter serviço adequado, respeitados os direitos dos usuários, segundo lei ordinária federal a ser elaborada.

Em cumprimento aos comandos constitucionais acima referidos, promulgou-se a Lei 8.078/90, a qual editou normas, que, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, prevê formas de recompor a desigualdade reconhecida em tese entre cliente e prestador de serviços e/ou fornecedor: a responsabilidade objetiva, a possibilidade de inversão do ônus da prova, a proteção contra cláusulas abusivas.

Foram disciplinados, ainda, instrumentos de ordem processual aptos a protegê-los individual e coletivamente, entre outros.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 4º, fixou princípios a serem respeitados quando da interpretação e aplicação de suas normas, prescrevendo entre eles o da racionalização e melhoria dos serviços públicos (inciso VII).

Ainda, o art. 6º, X, assegurou, como direito básico do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Por fim, o art. 22 prescreveu obrigações aos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, permissionárias e concessionárias, determinando o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, prescrevendo em seu parágrafo único que nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados.

Nesse sentido e com vistas a regulamentar a norma constitucional acima citada, foi editada a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, a qual, expressamente, impõe a incidência das previsões do Código de Defesa do Consumidor na prestação do serviço público, ao prescrever (art. 7º) os direitos e obrigações dos usuários, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078/90, fixando, entre eles, o direito de receber serviço adequado; de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; de obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços; de levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, ao mesmo tempo em que devem comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pelas concessionárias.

A respeito, importante salientar os termos da Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de Telecomunicações e fixa, entre outros princípios a serem respeitados, o da defesa do consumidor. Ou, ainda, a Lei 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional e prevê como objetivo proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 1º, III).

De todo o exposto, extrai-se que a lei, pretendendo dar concretude às normas constitucionais inicialmente reproduzidas, determinou expressamente a incidência do sistema de proteção especial previsto na Lei 8.078/90 à prestação dos serviços públicos.

E a tal conclusão se chega não só pela análise das normas já referenciadas, como dos próprios conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço fixados no Código Consumerista, segundo o qual consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º).

Fornecedor, de outro lado, fora conceituado como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entre despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º), enquanto serviço foi definido como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Resta traçar algumas considerações, no entanto, a respeito da medida em que se dará tal aplicação, em razão da incidência sobre a prestação dos serviços públicos dos princípios que regem o regime de direito público e os contratos de concessão e permissão.

1.2 A abrangência da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos

1.2.1 Os limites de abrangência do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor e os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

Reconhecido, segundo a legislação citada acima, que tanto a Lei 8.079/90 como a legislação esparsa sobre concessão de serviços públicos prevêem a aplicação do CDC nas referidas atividades, é

importante verificar se tal incidência limita-se ao contido no art. 22 ou se abarca todo o arcabouço jurídico previsto em tal diploma.

A doutrina divide-se a respeito do tema.

Adalberto Pasqualoto⁽¹⁾ entende que a disciplina dos serviços públicos em relação ao consumidor exaure-se na descrição do art. 22 do CDC, sendo que os demais dispositivos da norma devem ser interpretados como diretriz administrativa, donde se poderia concluir que não possuem efeito vinculante, mas apenas atuam como norte para a interpretação das normas específicas, com incidência direta sobre a prestação de tais serviços.

José Geraldo Brito Filomeno,⁽²⁾ de outro lado, discorda de tal posição, ao afirmar que a prestação de serviços públicos se sujeitará às normas prescritas no CDC em todos os sentidos e aspectos nele versados.

É importante ressaltar a posição defendida por Dinorá Adelaide Musetti Grotti,⁽³⁾ segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos usuários de serviços públicos em relação à proteção dos riscos e contra a publicidade enganosa, à obrigação de fornecer informações claras quanto aos serviços e quanto à reparação dos prejuízos e danos morais.

No que concerne à reparação de danos, afirma que o Estado deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa, nos termos do art. 14 do CDC, em razão da teoria do risco administrativo, que afasta a teoria sobre a falta do serviço público. Invoca, ainda, a aplicação do sistema processual protetivo previsto no art. 81 e seguintes da Lei 8.078/90, sem distinções.

Afasta, de outro lado, a aplicação das sanções previstas no art. 20, pela primazia da regra especial fixada no parágrafo único do art. 22. Ou seja, segundo tais premissas, o parágrafo único do art. 22, ao afirmar que, no caso de descumprimento, estará o Estado obrigado a cumprir as obrigações estatuídas ou reparar os danos causados, exclui, a contrario sensu, as alternativas da restituição da quantia paga e do abatimento do preço, fixadas para os fornecedores em geral, segundo o art. 20 da Lei. A mesma opinião é compartilhada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin.⁽⁴⁾

A questão do abatimento do preço, aliás, encontraria óbices no princípio segundo o qual a Administração Pública encontra-se vinculada aos termos do edital e/ou do contrato de concessão, inclusive em relação ao preço.

Acolher a possibilidade de abatimento do preço, ainda, configuraria a quebra do princípio da igualdade, dado que a perda da receita seria, necessariamente, repartida entre os demais usuários do serviço, em razão da vigência do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Cláudia Lima Marques⁽⁵⁾ chama a atenção para o fato de que o regime dos contratos concluídos com a administração é especial, mesmo se regido por leis civis, não perde a relação seu caráter dito de 'verticalidade', reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato.

Nessa linha de raciocínio, indispensável fazer referência à opinião de Marçal Justen Filho,⁽⁶⁾ para quem o regime de Direito Administrativo prepondera sobre o Direito do Consumidor nas hipóteses em que haja regulamentação divergente e incompatível com o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Invoca, no caso, a aplicação do princípio da proporcionalidade, enquanto reconhece a utilização da disciplina prevista no CDC quando se tratar de disciplinas uniformes.

Para tanto, Justen Filho⁽⁷⁾ retoma a idéia já trazida por Cláudia Lima Marques, de que não se pode invocar regra do Código de Defesa do Consumidor para inibir o exercício de faculdades derivadas das ditas cláusulas exorbitantes, entre elas a alteração unilateral das condições da prestação do serviço, a qual somente poderá ser fonte de impugnação segundo os ditames do regime jurídico administrativo, sem se cogitar que a expectativa gerada no usuário, de que seja mantida a proposta inicial, seja vinculante para a prestação do serviço público.

Chama a atenção para o fato de que, na hipótese de indenização do usuário, é importante ter em mente que o custo da indenização será arcado pelo conjunto dos usuários ou pelos cofres públicos.⁽⁸⁾

Com vistas a sustentar a tese exposta, aponta incompatibilidades entre o regime privado do Direito do Consumidor e o regime público de Direito Administrativo. Salaria, como exemplo, que, no âmbito do Direito do Consumidor, é obrigatório o empresário manter a oferta realizada nas condições originais. Já no âmbito do serviço público, a mutabilidade é da sua inerência.⁽⁹⁾

Aponta distinções insuperáveis entre os dois regimes, que justificam a prevalência da supremacia do interesse público. Afirma que, enquanto na iniciativa privada o prestador do serviço público está orientado segundo a intenção de obter lucro e dispõe da autonomia garantida constitucionalmente, o concessionário desempenha atividade disciplinada pelos princípios de direito público e apenas

pode intentar a satisfação egoística de seu interesse de lucro na medida em que se realize o interesse público.(10)

Aduz, ainda, que o interesse coletivo não se confunde com o interesse do usuário. Esclarece, para sustentar a tese, que, quando o Estado presta serviços diretamente, sem concessão, o custo do serviço é suportado por toda a Sociedade, pela via tributária, segundo o princípio da capacidade econômica. Com a delegação da prestação, a capacidade econômica perde relevância, enquanto o critério para custeio do serviço passa a ser a utilização do serviço. Altera-se, portanto, a regra de repartição do encargo. Desonera-se a Sociedade e onera-se o usuário.

Seguindo esse raciocínio,(11) os usuários são titulares de interesses que merecem e exigem tutela – mas que se configuram como uma parcela do interesse público. Mas não é possível reduzir o interesse público apenas ao interesse do usuário.

Salienta, de outro lado, que as disposições do Código de Defesa do Consumidor poderiam servir como uma forma de impedir a deterioração da qualidade dos serviços públicos, dado que serviria de controle para a atuação do Estado que, enquanto prestador do serviço e, ao mesmo tempo, regulador da atividade, acaba por privilegiar seus interesses secundários, deixando em segundo plano o interesse dos usuários.(12)

Na linha do que foi dito acima, oportuno citar decisão proferida nos autos nº 2005.70.00.010456-5, em trâmite na 4ª Vara Federal de Curitiba, nos quais o autor, tendo efetuado a compra de um imóvel em processo de licitação realizado pela Rede Ferroviária Federal, cujo edital impunha as condições para pagamento/financiamento do imóvel junto à Caixa Econômica Federal, entre elas a aplicação da Tabela Price, embora tenha efetuado o maior lance, pretendia a revisão das cláusulas contratuais, invocando o Código de Defesa do Consumidor.

Naquele caso, entendeu o Juízo que, diante princípio da igualdade de condições entre os licitantes e o princípio da vinculação ao edital, a tutela antecipada pretendida não poderia ser deferida.(13)

É importante salientar, de qualquer forma, que o Estado está obrigado a prestar serviços seguros e adequados independentemente do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, é relevante notar que, ao se afirmar que o regime público de Direito Administrativo se sobrepõe ao sistema protetivo previsto no CDC, não significa deixar o usuário sem cobertura.(14)

Em primeiro lugar, em razão do princípio da eficiência, previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal; em segundo lugar, por força das disposições previstas nas leis ordinárias que disciplinam a prestação de serviços públicos mediante concessão, ou que prevêm forma de controle e gestão via agências reguladoras.

Não bastasse isso, o fato é que a Constituição Federal, em seu art, 37, § 6º, previu a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, causem a terceiros, a partir do acolhimento da teoria do risco administrativo.

Assim, a compatibilização dos princípios vetores da proteção ao consumidor e da supremacia e indisponibilidade do interesse público deverá ser analisada em cada caso, a partir da aplicação do princípio da razoabilidade.

1.2.2 As prestações *uti universi* e *uti singuli* - distinção como critério para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos

O art. 3º do CDC, ao conceituar serviços, afirma que se trata de atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, o que impõe analisar se o pagamento de tributo com vistas a custear a atividade do Estado de prestação de serviços também pode ser inserido no conceito de remuneração referido.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁽¹⁵⁾ afirma que qualquer serviço público – seja público *stricto sensu* ou de utilidade pública, seja *uti singuli* ou *uti universi* – deve ser prestado de forma adequada, eficiente e segura.

A conclusão se extrai inclusive do próprio princípio da eficiência previsto constitucionalmente, que impõe a prestação de serviços eficientes, adequados e seguros.

Outra questão, no entanto, é saber se as demais disposições do CDC (por exemplo, o regime de responsabilidade por danos ou se o particular estaria autorizado a exigir em juízo a realização de serviço eficiente) se aplicam em relação às prestações *uti universi*, que são custeadas a partir de tributos.

Luiz Antonio Rizzato Nunes,⁽¹⁶⁾ com vistas à aplicação do CDC aos serviços públicos, não faz distinção em relação a prestações *uti singuli* ou *uti universi*. Parte da interpretação dos conceitos de fornecedor e consumidor previstas nos artigos 2º e 3º do Código para concluir que, quer o consumidor pague, quer não, pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma.

A afirmação se sustenta no raciocínio de que,(17) mesmo na hipótese de ausência de pagamento direto e imediato, o serviço será custeado pelo particular de alguma forma, mesmo que indireta, como na hipótese em que não se paga pelo estacionamento do shopping center, embora o seu custo esteja embutido no preço da mercadoria.

Marcos Juruena Villela Souto(18) compartilha da mesma opinião e afirma que o Código não exigiu remuneração específica do serviço, sendo os mesmos custeados de alguma forma, seja através de tributos, seja por meios alternativos.

Não é essa, no entanto, a conclusão de outros doutrinadores.

Cláudia Lima Marques,(19) José Geraldo Brito Filomeno(20) e Adalberto Pasqualotto excluem da incidência do Código de Defesa do Consumidor os serviços custeados pelos impostos, em relação aos quais não há pagamento direto e imediato por parte do usuário.

A interpretação do que se tem como 'remuneração' nos termos do art. 3º do CDC deve ser restritiva a ponto de excluir os serviços públicos prestados *uti universi*, tendo em vista que o seu custeio se dá mediante o pagamento de tributos e porque a relação formada entre particular e Estado e a formada entre o particular e o fornecedor *stricto sensu* não se confundem.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que, nas hipóteses de serviços, cujos custos são arcados pelo pagamento de tributos, não há uma correspondência entre o que foi arrecadado e o custo do serviço. Não é essa a lógica que rege tal sistema.

No sistema tributário vige o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual paga mais quem ganha mais, tudo com vistas à redistribuição, em tese, de riquezas. Sob esse ângulo, não é necessariamente quem paga mais tributo que usufruirá mais dos serviços, dado que usufrui dele quem dele precisa, independentemente do quanto foi pago, ou se houve pagamento. Assim, não há como se falar em 'remuneração', uma vez que é potencial usuário inclusive aquele que nunca tenha recolhido tributos.

O raciocínio aplicado quando se formulou exemplo do estacionamento do shopping center (que é custeado pelo preço embutido nas compras) não serve para a hipótese de serviço público pelo simples motivo de que o particular fornecedor é movido pela intenção de lucro, e a Administração Pública visa à prestação do bem comum.

Assim, mesmo que se considere a hipótese do particular que utiliza o serviço gratuito de estacionamento e não realiza compras, e nem por

isso deixa de ser considerado como consumidor, o fato é que, neste caso, a intenção do fornecedor é angariar clientes, o que não ocorre na hipótese do serviço público.

De outro lado, a relação presente entre particular e o Estado, quando da prestação de serviços *uti universi*, é uma relação de sujeição, que não se confunde com o contrato firmado entre consumidor e fornecedor *stricto sensu*.⁽²¹⁾ E a razão de assim ser é que o serviço público é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, em que as condições unilateralmente fixadas pelo Estado refletem o modo de satisfazer o maior número de sujeitos, com o menor custo possível.⁽²²⁾

Não é por outro motivo que o Estado goza de prerrogativas na prestação do serviço público, para que possa assegurar a continuidade, generalidade e adequação da prestação.

2 O princípio da continuidade do serviço público e a inadimplência do usuário

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor impõe aos órgãos públicos e empresas concessionárias e permissionárias o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

A dicção da norma suscita controvérsia em razão de que os serviços públicos são, por natureza, essenciais.⁽²³⁾ O conceito material de tais serviços traz em si o caráter de essencialidade. Em síntese: o serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob o regime de direito público⁽²⁴⁾.

Sendo assim, o que pretendeu afirmar o texto ao dizer que, em relação aos serviços essenciais, devem ser contínuos?

É de se entender que o texto acima pretendeu reconhecer, entre os serviços essenciais (e por tal razão, públicos), alguns com maior carga de essencialidade que outros, a depender do caso concreto.⁽²⁵⁾

Assim, em uma primeira vista, são serviços essenciais, nos termos acima assinalados, os serviços de energia elétrica, água potável, saúde, por exemplo. Serviços, portanto, que devem ser prestados continuamente.

Continuidade, de outro lado, deve ser entendida como estar o serviço à disposição quando demandado. Não pressupõe continuidade

absoluta, ou seja, que seja ininterruptamente prestado mesmo que na ausência de demanda.(26).

Dito isso, cabe tecer considerações sobre o efeito do princípio da continuidade do serviço público essencial, em razão da inadimplência do usuário.

Neste caso, caberia a interrupção do serviço?

Zelmo Denari(27) é categórico ao afirmar que é possível a interrupção do serviço público em razão da inadimplência do particular, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro lado, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público.

José Geraldo Brito Filomeno(28) defende a mesma tese e parte do pressuposto de que as disposições do CDC não pretenderam privilegiar o consumidor inadimplente ou relapso, mas, ao contrário, garantir oferta constante e de boa qualidade dos serviços públicos uti singuli. Nessa ordem de idéias, impedir o corte do fornecimento em todas as hipóteses seria impor aos usuários adimplentes o custeio da inadimplência de poucos.

Luiz Antonio Rizzato Nunes,(29) a seu turno, defende que a interrupção do serviço por inadimplência do usuário somente seria admitida na hipótese de fraude operada por este.

Na mesma ordem de idéias, cite-se Cláudia Lima Marques,(30) para quem a interrupção no fornecimento somente se admite excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo, tudo a partir de uma interpretação sistemática dos princípios da continuidade do serviço público e da dignidade da pessoa humana.

O argumento recorrente é de que as concessionárias dispõem de outros meios para obter a satisfação de seus créditos, que podem ser cobrados judicialmente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem andado recentemente em sentido diametralmente oposto, atendendo, literalmente, ao disposto no art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, que afirma não caracterizar descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio, quando: a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já havia fixado o entendimento acima (REsp 337.965/MG), em contradição com o que vinha sendo decidido na 1ª Turma. A 1ª Seção, no entanto, pacificou o entendimento no REsp 363.943/MG, de sorte que a 1ª Turma passou a acolhê-lo (REsp 647.853/RS).

As decisões prolatadas nas referidas Turmas, no entanto, não foram proferidas por unanimidade, o que confirma a controvérsia da questão.

No REsp 337.965/MG (2ª Turma), a Ministra Relatora Eliana Calmon entendeu possível a interrupção do serviço de energia elétrica, ao argumento de que admitir o contrário seria permitir o enriquecimento ilícito do usuário, com a quebra do princípio da igualdade de tratamento das partes.

Extraiu suas conclusões a partir do entendimento de que a lei não garantiu o direito de continuidade do serviço, independentemente do inadimplemento.

Salientou alguns aspectos extralegais para sustentar a tese: a) grande contingente de pobres e excluídos, o que conduziria a um inadimplemento que poderia gerar a inviabilidade do serviço; b) que a atividade empresarial somente é viável se inserida numa economia de livre mercado, na qual se busca o lucro; c) se parte dos consumidores deixa de efetuar o pagamento, o custo será arcado pelo contingente que paga suas contas, o que lesa o princípio da igualdade; d) a execução do débito não teria o efeito pretendido, pois os devedores, em geral, não dispõem de meios para efetuar o pagamento; e e) se o inadimplente é a empresa, ela insere no preço da mercadoria o custo do serviço público, mas não repassa à concessionária.

Afirmou, categoricamente, que, sob o ângulo da lógica capitalista, é impossível a manutenção de serviço gratuito por parte de grandes empresas que fazem altos investimentos.

Ressalvou, no entanto, a necessidade de aviso prévio e rechaçou a ocorrência de abusos, como a exposição indevida do devedor.

O Ministro Paulo Medina, voto vencido no REsp 337.965/MG, por sua vez, entendeu, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, ser inviável o corte de energia elétrica por força do não-pagamento.

Frisou que o conceito de serviço público deriva do modelo constitucional assumido e que a Constituição, ao proteger o princípio

da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, acabou por impor a interpretação das normas sobre serviços públicos sob tal ótica.

Invoca o regime de direito público, sob o qual se prestam os serviços em comento, bem como os princípios da continuidade, regularidade, uniformidade, generalidade e obrigatoriedade para concluir que a submissão dos serviços públicos a regime específico, caracterizado pela continuidade vai importar, dessa forma, na inoponibilidade da cláusula da *exceptio non adimpleti contractus*.

Ressalta a previsão do parágrafo único do art. 39 da Lei 8.987/95, que prevê a impossibilidade de o concessionário invocar a exceção do contrato não cumprido em face do poder concedente, com vistas a sustentar a tese.

Por fim, repete sugestão feita por Marcos Juruena Villela Souto,⁽³¹⁾ no sentido de que o Concedente ressarça o concessionário, após um período fixado no contrato, para que não haja quebra do equilíbrio contratual, sub-rogando-se nos direitos deste em face do usuário, dele cobrando em juízo; assim, atende-se o interesse público e a dignidade do consumidor, sem afastar consumidores.

A Primeira Turma, a seu turno, ao apreciar o REsp 647.853/RS, acolheu o entendimento exposto pela 1ª Seção (REsp 363.943/MG), ao contrário do que vinha decidindo. O Ministro José Delgado, vencido na ocasião, trouxe ainda algumas considerações sobre o assunto.

Invocou o princípio segundo o qual não se admite a realização de justiça pelos próprios meios e aquele que impõe a obrigatoriedade e a continuidade da prestação do serviço público.

Inova em relação à decisão do Ministro Paulo Medina, ao afirmar que o art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, que admite o corte no fornecimento em razão do inadimplemento, não revogou a disposição do CDC, art. 22, que impõe a continuidade da prestação dos serviços essenciais.

Salientou que a norma do consumidor, como norma especial, contém o sistema jurídico do equilíbrio da relação de consumo, não podendo ser revogada por norma posterior que regula concessão e permissão do serviço público, e não o direito do usuário/consumidor.

Observou, ainda, com fundamento no princípio da proibição de retrocesso, que o princípio da defesa do consumidor, dado que previsto constitucionalmente, não pode ser relativizado pela edição de norma posterior.

Da análise dos argumentos expostos acima, o que se extrai é que a questão não está pacificada, o que, aliás, não é incomum quando se está a tratar de princípios constitucionais conflitantes.

Com vistas a apresentar sugestões para a solução do conflito, em primeiro lugar, é importante distinguir duas situações: aquela na qual o serviço público essencial e contínuo é prestado não só em favor do usuário, mas também com o objetivo de garantir a segurança de toda a coletividade; e o serviço cuja prestação é realizada unicamente em razão da satisfação do interesse individual do usuário.

Na primeira situação, temos, por exemplo, o serviço de água tratada e coleta de esgotos. Tais utilidades são prestadas diretamente em favor do usuário, mas indiretamente visam ao controle da saúde pública. Nesses casos, o mero inadimplemento não pode gerar a interrupção do serviço, uma vez que a coletividade em geral não pode ser penalizada em razão do não-pagamento.

Tal prática causará danos, mesmo que indiretos, à própria Administração Pública, a quem caberá atender aqueles que forem acometidos por moléstias ou epidemias. Ou seja, tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o do interesse público restarão prejudicados.

Marçal Justen Filho⁽³²⁾ ressalta, ainda, a hipótese na qual o inadimplemento é imputável a pessoas incertas e indeterminadas. Nessa hipótese, entende, da mesma forma, inviável o corte no fornecimento, dado que não se admite que os efeitos de condutas indevidas sejam transferidos para terceiros não responsáveis pelo inadimplemento.

De qualquer sorte, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser utilizado, indistintamente e em tese, para justificar a impossibilidade na interrupção do fornecimento do serviço.

É necessário, no caso, compatibilizar tal princípio com o princípio do interesse público, que impede o enriquecimento ilícito do usuário mal pagador em prejuízo do restante da coletividade, a qual deverá arcar com os custos do inadimplemento, bem como com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Para tanto, é importante distinguirem-se os usuários inadimplentes em função do serviço de que se trata, bem como em função do motivo pelo qual não se deu pagamento.

Tome-se como exemplo o serviço de telefonia. Embora se reconheça que o serviço de telefonia se inclua entre aqueles essenciais e, portanto, contínuos, o princípio da razoabilidade não permite que se

deixe de interromper a sua prestação em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. A fruição do serviço de telefonia fixa não se inclui entre os indispensáveis para que o indivíduo tenha uma vida digna.

O mesmo já não se pode dizer do serviço de energia elétrica para fins residenciais, cuja interrupção poderá causar danos aos usuários (o que se distingue do serviço de energia elétrica para fins comerciais, por exemplo). (33)

De outro lado, mesmo que se trate de serviço de energia elétrica, somente haverá proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana se restar caracterizado que o usuário não dispõe das mínimas condições para pagamento do preço, o que não se confunde com a hipótese do mau pagador, aquele que, embora disponha de rendimentos ou bens, mesmo assim torna-se inadimplente.

Impedir o corte no fornecimento neste caso atenta contra o princípio da igualdade e não deve ser acolhido.

Não é demais afirmar, portanto, que a aplicação dos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana impõem uma análise detida do caso concreto, para que verifique o tipo do serviço prestado e a condição do usuário inadimplente.

Conclusão

Dada a complexidade de bens jurídicos a serem protegidos segundo o modelo de Estado proposto pela Constituição Federal, é insuficiente afirmar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica, indistintamente e automaticamente, em face da prestação de serviços públicos.

A Lei 8.078/90 e a Lei 8.987/95, com vistas à regulamentação dos arts. 170, V, e 175 da Constituição Federal, reconheceram pontos de convergência entre a defesa do consumidor e a prestação de serviços públicos.

A compatibilização dos sistemas privado, de defesa do consumidor, e público, da prestação dos serviços públicos, naquilo que são incompatíveis, impõe a utilização do princípio da razoabilidade, a ser verificado caso a caso.

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, no entanto, determinam que o regime de Direito Administrativo prepondera sobre o Direito do Consumidor. Neste caso, importante invocar, ainda, os princípios da alteração unilateral das condições da prestação do serviço, da vinculação ao edital no

caso de licitação e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro para justificar a posição adotada.

As distinções intrínsecas entre o fornecimento de serviço pelo fornecedor privado e a prestação de serviço público, relacionadas às suas finalidades (num caso o lucro e no outro o bem comum), bem como o sistema de custeio (no caso do serviço público, o custo da proteção de um usuário será necessariamente redistribuído entre os demais), fundamentam também a aplicação diferenciada do CDC num e noutro caso.

De qualquer sorte, necessário reconhecer pontos de convergência entre os sistemas, como as prescrições protetivas do usuário previstas na legislação extravagante sobre o controle e prestação de serviços públicos e o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado na hipótese de danos causados àquele.

A incidência das prescrições da Lei 8.078/90 se distingue, ainda, segundo o tipo de serviço prestado, se *uti singuli* ou *uti universi*, cabendo invocá-las somente no primeiro caso, dado que, no segundo, o custeio dos serviços se dá através do pagamento de tributo, não se reconhecendo nele o conceito de "remuneração" previsto no art. 3º do CDC.

Ainda, com vistas a interpretar a dicção do art. 22 do CDC, que impõe a continuidade dos serviços públicos essenciais, é necessário atentar que há graus de essencialidade a serem reconhecidos entre os seus diversos tipos.

Na hipótese de serviços públicos, cuja prestação é indispensável em vista da necessidade, a interrupção do seu fornecimento em face da inadimplência do usuário deve ser analisada segundo o tipo da atividade e a condição do referido usuário.

Em tese, admite-se a interrupção. A exceção fica por conta do serviço público de que se trata (serviço que se presta não só em favor do usuário, mas de toda a coletividade, e o serviço indispensável para que se garanta a dignidade da pessoa humana).

O motivo do inadimplemento, da mesma forma, é requisito a ser analisado. Assim, enquanto a miserabilidade do usuário pode ser reconhecida como causa justificadora do não-pagamento, tal não ocorre na hipótese de fraude do particular.

O que se extrai, portanto, é que o corte no fornecimento de serviço essencial somente pode ser analisado a partir das circunstâncias do caso concreto, e mediante a aplicação dos princípios da razoabilidade

e da dignidade da pessoa humana, segundo os critérios acima assinalados.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts.1º ao 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

PASQUALOTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.1, p. 130-148, jan./mar. 1992.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. Proteção ao usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 122-145, abr./jun.2000.

Notas

1. "Basicamente, a disciplina dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor encontra-se no art. 22. Os outros dispositivos acima citados (art. 4º, VII, e 6º, X) cuidam, respectivamente, de diretriz administrativa (norma programática) e de um direito geral do consumidor frente à administração pública." (Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.1, p. 130-148, jan./mar. 1992).

2. Quando aqui se tratou do conceito de fornecedor, ficou consignado que também o Poder Público, como produtor de bens ou prestador de serviços, remunerados não mediante a atividade tributária em geral (imposto, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifas ou 'preço público', se sujeitará às normas ora estatuídas, em todos os sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico o seu art. 22. (FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 133).

3. "Os usuários de serviços públicos devem ser protegidos contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de serviços considerados perigosos e nocivos, que coloquem em perigo a sua vida, saúde e segurança. Devem receber informações claras sobre os serviços, principalmente quanto ao preço, qualidade e risco que possam apresentar; têm proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; têm direito a uma efetiva reparação dos prejuízos e danos morais sofridos. Deve-se observar que os órgãos públicos possuem tratamento privilegiado, não se submetendo às mesmas sanções previstas no art. 20 para os fornecedores de serviço, pois o parágrafo único refere-se apenas ao cumprimento do dever de prestar serviços de boa qualidade, envolvendo somente a reexecução dos serviços públicos defeituosos, o que exclui as alternativas da restituição da quantia paga e do abatimento do preço. Por outro lado, tratando-se de reparação de danos, responsabiliza as entidades públicas na forma prevista no Código, ou seja, independentemente da existência de

culpa, conforme preceitua o art. 14 do CDC.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348).

4. “Não é mérito o art. 22 responsabilizar civilmente a Administração Pública pelos serviços de consumo. Tal decorre da própria inclusão do Estado no elenco dos sujeitos que compõem o gênero fornecedor (art. 3º, caput). Na falta do art. 22, o Estado seria responsável pelos serviços que prestasse, só que por força do art. 20. Portanto, a ratio principal da prescrição comentada é tão-só apartar o Estado do tratamento jurídico padrão fixado para outros serviços de consumo.” (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110-111).

5. “A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do Direito Constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.” (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 485).

6. “Isso significa reconhecer a preponderância do regime de Direito Administrativo sobre o Direito do Consumidor. A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Em termos práticos essa solução pode gerar algumas dificuldades. O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 560).

7. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 560.

8. Ibid., p. 560. Afirma, ainda, que “O regime de direito público, que se traduz em competências estatais anômalas, é indispensável para assegurar a continuidade, a generalidade, a adequação do serviço público. Se cada usuário pretendesse invocar o maior benefício possível, por meio das regras do direito do consumidor, os efeitos maléficos recairiam sobre outros consumidores. Em suma, o direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente no âmbito do serviço público por uma espécie de solidariedade entre os usuários, em virtude da qual nenhum deles pode exigir vantagens especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor dos outros sujeitos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.492)

9. "Suponha-se, então, o caso da telefonia fixa. Imagine-se que o concessionário estabeleça relação jurídica com o usuário, orientando-se por determinada regulamentação do poder concedente. Se houver necessidade e conveniência, o poder concedente alterará as regras pertinentes, com reflexos na situação jurídica do usuário. Em face do regime de Direito Administrativo, o usuário não poderia invocar direito adquirido à manutenção do regime jurídico. Mas sua pretensão poderia encontrar respaldo no regime característico do Direito do Consumidor." (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 557)

10. Ibid., p. 558.

11. "Não é casual a exigência de lei autorizando a outorga de concessão, eis que se trata de meio para a afirmação da vontade da Sociedade de afastar de si um encargo específico e determinado. Editada a lei, não é possível ignorar a vontade legislativa e produzir a desnaturação da concessão. É imperioso reconhecer que o interesse da Sociedade pode ser contraposto ao interesse dos usuários. Se tal vier a ocorrer, não será possível solucionar a disputa mediante um simples critério quantitativo, do que resultaria o inevitável sacrifício da minoria. Caberá avaliar os princípios jurídicos e as garantias inerentes à Democracia. Em suma, poderá ou não tutelar-se o interesse dos usuários, a depender da questão tratada. Mas não será possível afirmar, de modo puro e simples, que interesse público e interesse dos usuários se confundam e identifiquem." (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 553).

12. Ibid., p. 556.

13. "No caso dos autos, não vislumbro a verossimilhança da alegação, indispensável para a concessão da tutela pretendida. Em que pese a jurisprudência já tenha se manifestado no sentido de que a Tabela Price inclui aplicação de juros compostos, e em razão disso tenha afastado a sua incidência, o fato é que no caso dos autos trata-se de alienação de bem mediante licitação, cuja execução se submete aos ditames da Lei 8.666/93, eis que a vendedora se caracteriza como sociedade de economia mista.

Em análise sumária da questão, entendo que na relação jurídica entre administração pública alienante e particular comprador, submetida ao regime licitatório, vigem princípios constitucionais que impedem a revisão contratual, entre eles, o princípio da igualdade de condições entre os licitantes e o princípio da vinculação ao edital.

Ou seja, a licitação, em termos gerais, tem como finalidade garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, aliada à garantia da igualdade entre os particulares.

Na esteira deste raciocínio, se for admitida a revisão do contrato firmado com o autor, necessariamente estar-se-á ferindo o princípio da igualdade, eis que aos demais licitantes não foi oferecida proposta semelhante.

Poder-se-ia imaginar que, se afastada a aplicação da Tabela Price, com a sua substituição por outro sistema de amortização já por ocasião do edital, outros concorrentes poderiam ter oferecido proposta melhor que a do autor, e este não teria vencido a concorrência.

Na hipótese do autor entender ilegal a aplicação da Tabela Price, caberia a ele o ônus de impugnar o edital, mas jamais pretender a sua alteração (sem que outros licitantes dela tenham participado), após a contratação.

É que a execução do contrato vincula-se aos termos do edital. Princípio este que visa, exatamente, oferecer a todos igualdade de condições.

Nesses termos, a lição de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 384-385):

“Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício o edital justifica pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada.” Grifado.

Diante de todo o exposto, indefiro o pedido de tutela antecipada.”

14. “O Estado tem de garantir ao usuário a organização do serviço de molde a configurá-lo como adequado, segundo determinado na disciplina legal e regulamentar do serviço. E se não o fizer? A resposta depende das circunstâncias. Se a inadequação do serviço provocar dano concreto ao usuário, assiste-lhe a faculdade de pleitear indenização, segundo disposto no art. 37, §6º, da CF/88. Mas a mera inadequação do serviço, ainda que não provoque dano autônomo a usuário, caracteriza infringência à norma jurídica. O Estado está obrigado, por isso, a promover as medidas

15. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 110-111.

16. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 318.
17. “Antes de mais nada, consigne que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos. Logo, quando a lei fala em ‘remuneração’ não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto ‘remuneração’ no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto”. (Ibid., p.100).
18. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Proteção ao usuário de serviços públicos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 122-145, abr./jun.2000.
19. “Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º do CDC, somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o § 2º, ‘mediante remuneração’, serão aplicadas as normas do CDC. Em uma interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previsto pelo CDC. (...) Assim, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares, etc.” (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486-487).
20. “E, efetivamente, fala o § 2º do art. 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor em ‘serviço’ como sendo ‘qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.’ Importante salientar-se, desde logo, que aí não se inserem os ‘tributos’, em geral, ou ‘taxas’ e ‘contribuições de melhoria’, especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária. Não há que se confundir, por outro lado, referidos tributos com as ‘tarifas’ estas, sim, inseridas no contexto dos ‘serviços’ ou, mais particularmente, ‘preço público’, pelos serviços prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada. O que se pretende dizer é que o ‘contribuinte’ não se confunde com o ‘consumidor’, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de

serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 44).

21. “O serviço público é prestado porque assim impõe a lei, que fixa as condições gerais atinentes à prestação e à fruição. Essas condições são detalhadas por atos administrativos e podem ser alteradas a qualquer tempo. A fruição do serviço público não envolve um vínculo contratual entre o usuário e o prestador do serviço, mas uma situação jurídica de natureza unilateral. O usuário do serviço manifesta sua vontade no sentido de fruir os benefícios e de subordinar-se ao regime jurídico pertinente ao serviço público. Não há acordo de vontades, mas manifestação de vontade individual, que é condição para a fruição do serviço.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p.492).

22. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p.492.

23. “Parece-nos, portanto, mais razoável sustentar a imanência desse requisito em todos os serviços prestados pelo Poder Público. Assim sendo, partindo do pressuposto de que todos os serviços públicos são essenciais, resta discorrer sobre a exigência legal da sua continuidade. A nosso aviso, essa exigência do art. 22 não pode ser subentendida: ‘os serviços essenciais devem ser contínuos’ no sentido de que não podem deixar de ser ofertados a todos os usuários, vale dizer, prestados no interesse coletivo. Ao revés, quanto estiverem em causa interesses individuais, de determinado usuário, a oferta de serviço pode sofrer solução de continuidade, se não foram observadas as normas administrativas que regem a espécie.” (DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 194-195.)

24. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 482-483.

25. “É costumeiro diferenciar serviços públicos essenciais e não essenciais. Trata-se de uma diferenciação muito problemática, já que todos os serviços públicos são, teoricamente, essenciais. Mas a diferença pode ser admitida em vista da característica da necessidade a ser atendida. Há necessidade cujo atendimento pode ser postergado e outras que não comportam interrupção. A distinção apresenta pertinência no tocante ao regime jurídico, especialmente

quanto à impossibilidade de interrupção.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 499).

26. “ O princípio não implica, porém, em todas as hipóteses, a continuidade física da atividade, pois ela deve ser prestada cada vez que a necessidade se faz presente. E esta necessidade tanto pode ser absoluta (ou seja, necessidade permanente de prestação do serviço) ou contínua ou potencialmente contínua, exigindo prestação cronologicamente ininterrupta, quanto relativa (necessidades intermitentes) porque a própria necessidade pública pede, aconselha ou possibilita a prestação periódica. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261-262).

27. DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 194-195. Ainda: “Pacifica-se, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim, como o particular, no contrato facio ut des, pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do respectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público”

28. FILOMENO, José Geraldo Brito apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 268.

29. “Conforme veremos mais adiante, admitir-se-á o corte do fornecimento do serviço apenas após autorização judicial, se demonstrado no feito que o consumidor inadimplente, podendo pagar a conta – isto é, tendo condições econômico-financeiras para isso-, não o faz. Fora essa alternativa e dentro dessa condição – autorização judicial –, o serviço não pode ser interrompido.” (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000, p.309).

30. MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts 1º ao 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 331-332.

31. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 425.

32. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 310.

33. “Algo similar pode ser afirmado no tocante ao fornecimento de energia elétrica para fins residenciais, em situação que possa colocar em risco a sua sobrevivência. Em suma, quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais. Nestes casos, o Estado dispõe de duas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam a ser prestados. A segunda é verificando a carência de recursos, custear a manutenção da prestação dos serviços (inclusive e se for o caso, por meio da elevação das tarifas cobradas dos demais usuários). Nessa última alternativa, a comunidade arcará com o custo dos serviços. A carência de recursos não autoriza supressão da existência e da dignidade da pessoa humana.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 310).

Referência bibliográfica: (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):
WURSTER, Tani Maria Os serviços públicos e Código de Defesa do Consumidor . Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 14 , setembro 2006. Disponível em:

<

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Tani_Wurster.htm >

Acesso em: 14 nov. 2008 .

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS